Hoge bomen vangen (nog) geen wind Strafrechtelijke verantwoordelijkheid van ministers, vervolgbaarheid van publiekrechtelijke rechtspersonen en de positie van de minister van Justitie

Sikkema, E. 2007 *Pet af : liber amicorum D.H. de Jong.* Keulen, B. F., Knigge, G. & Wolswijk, H. D. (eds.). Nijmegen, p. 412-440 29 p.
Scientific › Chapter

- E Sikkema
- Faculty of Law

Original language	Dutch
Title of host publication	Pet af : liber amicorum D.H. de Jong
Editors	B.F. Keulen, G. Knigge, H.D. Wolswijk
Place of publication	Nijmegen
Publication date	2007
Pages	412-440
Number of pages	29
State	Published

Hoge bomen vangen (nog) geen wind

Strafrechtelijke verantwoordelijkheid van ministers, vervolgbaarheid van publiekrechtelijke rechtspersonen en de positie van de minister van Justitie

E. SIKKEMA [o]

1. Inleiding

Enige tijd geleden schreef Dirk Herman de Jong in een ander liber amicorum een bijdrage over corruptie en strafrecht.[1] In de betreffende bijdrage staat de strafrechtelijke aansprakelijkheid van ministers en parlementsleden centraal. Gewezen wordt op de 'zware procedureregeling' die het Nederlandse strafrecht in dit verband kent. Dit terwijl Nederlands-Antilliaanse en Arubaanse ministers en statenleden 'in theorie' zonder restricties door het Openbaar Ministerie (OM) kunnen worden vervolgd ter zake van in hun functie gepleegde delicten. De auteur werpt de vraag op of dit grote verschil tussen de landen van het koninkrijk sluitend beredeneerd kan worden. De bijdrage mondt uit in een voorstel tot wetswijziging op Aruba.

Nu de tijd is gekomen om een bijdrage te leveren aan de afscheidsbundel voor Dirk Herman de Jong, wil ik die gelegenheid graag aangrijpen om nog eens nader te kijken naar de Nederlandse regeling met betrekking tot de strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid. Het betreft hier een onderwerp dat in mijn proefschrift, waarop ik in 2005 bij Dirk Herman de Jong promoveerde, slechts zijdelings aan de orde kon komen.[2] Het onderwerp verdient bovendien opnieuw de aandacht in verband met de recente ontwikkelingen rond de strafrechtelijke vervolgbaarheid van publiekrechtelijke rechtspersonen. De afgelopen tijd zijn twee wetsontwerpen gepubliceerd die de strafrechtelijke immuniteit van overheidsorganen en leidinggevende ambtenaren (geheel of gedeeltelijk) willen opheffen. Naar mijn mening kan de strafrechtelijke positie van ministers in verband met ambtsmisdrijven niet los worden gezien van de strafrechtelijke positie van publiekrechtelijke rechtspersonen en hun feitelijk leidinggevers (inclusief ministers). Een concreet aspect dat daarbij in

---

o Universitair docent straf(proces)recht Universiteit Utrecht.

1 D.H. de Jong, 'Corruptie en strafrecht. De rol van het strafrecht bij het bewaken van de integriteit van het openbaar bestuur in de verschillende landen van het koninkrijk', in: A. Jordaans e.a. (red.), *Praktisch strafrecht* (Reijntjes-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 265-283.

2 E. Sikkema, *Ambtelijke corruptie in het strafrecht. Een studie over omkoping en andere ambtsdelicten* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 105-106 en p. 551.

het bijzonder de aandacht verdient is de hiërarchisch ondergeschikte positie van het OM ten opzichte van de minister van Justitie.

2. Strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid

2.1 De bijzondere procedure van de Wet ministeriële verantwoordelijkheid

Al in de Grondwet van 1814 werd tot uitdrukking gebracht dat ministers en andere hoge ambtsdragers zich wegens ambtsmisdrijven moeten verantwoorden voor de Hoge Raad. Vervolging was echter alleen mogelijk na uitdrukkelijk verlof van de Staten-Generaal. Ook de kennisneming en beoordeling van *commune* delicten 'gedurende den tijd hunner functiën begaan' was aan de Hoge Raad opgedragen, zij het dat hier geen verlof van de Staten-Generaal vereist was. In de Grondwet van 1848 werd het noodzakelijke verlof vervangen door een opdracht tot vervolging, hetzij van Koningswege, hetzij vanwege de Tweede Kamer. Van commune misdrijven werd niet langer gerept, zodat de berechting van zulke gewone delicten niet langer aan de Hoge Raad was voorbehouden.[3] Daarmee was het 'forum privilegiatum' voortaan beperkt tot de ambtsmisdrijven.[4]
De strafvervolging van ministers is dus vanouds omgeven met waarborgen: enerzijds een verplichte betrokkenheid van de volksvertegenwoordiging of de Kroon bij de vervolgingsbeslissing en anderzijds de aanwijzing van de hoogste rechter als oordelende instantie.[5] Als een minister in zijn betrekking een *ambtsmisdrijf* heeft gepleegd, bijvoorbeeld als hij zich heeft laten omkopen, is de bijzondere procedure van de Wet ministeriële verantwoordelijkheid van 1855 (WMV) van toepassing.[6] Vervolging kan alleen plaatsvinden na een opdracht tot vervolging bij koninklijk besluit of bij een besluit van de Tweede Kamer. Deze procedure geldt ook voor een minister na zijn aftreden en strekt zich tevens uit tot staatssecretarissen en leden van de Staten-Generaal (art. 119 Gw). De procureur-generaal (P-G) bij de Hoge Raad is belast met de vervolging. Is er eenmaal een last tot vervolging gegeven, dan *moet* de P-G onmiddellijk tot vervolging overgaan. Het opportuniteitsbeginsel, op grond waarvan het OM normaliter van vervolging kan afzien, geldt hier dus niet. De betreffende belangenafweging is reeds door de Kroon of de Tweede Kamer gemaakt. De berechting geschiedt in eerste en laatste aanleg door de Hoge Raad als 'forum privilegiatum', die met tien raadsheren oordeelt. De bijzondere regeling

[3] J.L.W. Broeksteeg, E. Sikkema & H.G. Warmelink, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid van ministers: ruime verantwoordelijkheid, beperkte vervolgbaarheid', *NJB* 2000, p. 966.
[4] D.J. Elzinga, 'Over de Hoge Raad als "Forum Privilegiatum" voor parlementariërs en bewindslieden', *TvO* 1985, p. 424.
[5] Broeksteeg, Sikkema & Warmelink 2000 (*supra* noot 3), p. 966.
[6] Wet van 22 april 1855, *Stb.* 1855, 33.

heeft mede betrekking op medeverdachten in dezelfde zaak, die zelf geen minister (enzovoort) zijn.[7]

Art. 76 Wet RO en art. 483 lid 2 Sv breiden de werking van de procedure uit door deze van overeenkomstige toepassing te verklaren op alle *ambtsmisdrijven en ambtsovertredingen*, begaan door de betreffende ambtsdragers. De ambtsdelicten zijn geregeld in Titel XXVIII van Boek II (Ambtsmisdrijven) en Titel VIII van Boek III (Ambtsovertredingen) van het wetboek van strafrecht. Het gaat onder meer om verduistering van geld of bewijsstukken (art. 359 Sr en art. 361 Sr), omkoping (art. 362 Sr en art. 363 Sr), dwang door misbruik van gezag (art. 365 Sr), knevelarij (art. 366 Sr) en het openbaren van geheime regeringsbescheiden (art. 463 Sr). Een gemeenschappelijk kenmerk van deze delicten is dat de ambtelijke hoedanigheid van de pleger een bestanddeel is. Dat wil zeggen dat deze delicten naar hun wettelijke omschrijving slechts kunnen worden gepleegd door een 'ambtenaar' (algemene ambtsdelicten) of door een specifieke categorie ambtenaren (bijzondere ambtsdelicten), bijvoorbeeld ministers (art. 355 Sr en art. 356 Sr). Het doel van de strafbaarstelling van de ambtsdelicten is de bescherming van het publiek tegen misbruik van overheidsgezag en het bevorderen van (het publieke vertrouwen in) de onkreukbaarheid van dat gezag.[8] Leden van de Staten-Generaal, ministers en staatssecretarissen moeten in strafrechtelijke zin als 'ambtenaren' worden beschouwd. Voor kamerleden volgt dit uit art. 84 lid 1 Sr, waarin leden van algemeen vertegenwoordigende organen uitdrukkelijk onder ambtenaren worden begrepen. Ministers en staatssecretarissen moeten als ambtenaar worden aangemerkt, omdat zij door het openbaar gezag worden aangesteld om een deel van de taak van de staat te vervullen. Daarmee vallen zij onder het begrip 'ambtenaar', zoals dat door de Hoge Raad in de jurisprudentie is ontwikkeld.[9]
Onder ambtsmisdrijven en ambtsovertredingen worden hier begrepen strafbare feiten begaan onder één van de *strafverzwarende omstandigheden van art. 44 Sr* (art. 76 lid 2 Wet RO en art. 483 lid 2 Sv). Dat wil zeggen dat de procedure ook van toepassing is op 'gewone' (commune) misdrijven, als daardoor een bijzondere ambtsplicht wordt geschonden of als daarbij gebruik wordt gemaakt van macht, gelegenheid of middel door het ambt geschonken. Dit komt er per saldo op neer dat de regeling geldt voor alle misdrijven die een minister, staatssecretaris of kamerlid begaat in de uitoefening van zijn functie. De wettelijke strafverzwaringsgrond van art.

---

7 Zie art. 119 Gw, art. 76 Wet RO, art. 111 lid 2 sub a Wet RO, art. 7 Sv, art. 483 Sv en art. 485 Sv. Zie voor een uitgebreide bespreking van de procedure J.L.W. Broeksteeg, *Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid in het staatsrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2004, p. 123 e.v.

8 Zie voor een uitgebreide bespreking van het wettelijke stelsel van ambtsdelicten Sikkema 2005 (*supra* noot 2), p. 109 e.v.

9 Zie voor een uitgebreide bespreking van het strafrechtelijke ambtenarenbegrip Sikkema 2005 (*supra* noot 2), p. 23 e.v.

44 Sr kent namelijk een zeer ruime en weinig specifieke omschrijving en is in de rechtspraak ook nog eens ruim uitgelegd. Slechts als het misdrijf geen (enkel) verband houdt met de hoedanigheid van minister (enzovoort) blijft het artikel buiten toepassing.[10] Indien een kamerlid bijvoorbeeld zijn neveninkomsten niet opgeeft aan de belastingdienst en daarmee valsheid in geschrift pleegt, is het de vraag of er sprake is van een schending van een bijzondere ambtsplicht in de zin van art. 44 Sr. Bovend'Eert pleit in dit verband voor een strikte toepassing van de regeling, aangezien de argumenten voor de bijzondere procedure – zoals de bescherming tegen lichtvaardige vervolging – evenzeer gelden in dit soort gevallen.[11] Als een minister bijvoorbeeld een verkeersmisdrijf pleegt met zijn dienstauto, zal de bijzondere procedure alleen gelden voor zover die auto in het concrete geval als een door het ambt geschonken 'middel' kan worden gezien.[12] Rijdt hij daarentegen toevallig in zijn eigen (privé-)voertuig, dan kan hij steeds op de normale wijze door de officier van justitie worden vervolgd. De vraag of de bijzondere procedure van toepassing is kan dus in een concreet geval soms moeilijk te beantwoorden zijn en het criterium kan tot enigszins willekeurige resultaten leiden.

Op grond van art. 12 Sv jo. art. 13a Sv kan een rechtstreeks belanghebbende beklag doen bij de Hoge Raad over het niet vervolgen van een strafbaar feit waarvan de Hoge Raad in eerste aanleg kennis neemt. Als de klacht betrekking heeft op de niet-vervolging ter zake van ambtsmisdrijven van (oud)ministers, (oud)staatssecretarissen of (oud)leden van de Staten-Generaal zal de Hoge Raad de klagers echter niet-ontvankelijk verklaren. De opdracht tot vervolging kan dan immers alleen door de Kroon of de Tweede Kamer worden gegeven en niet door de Hoge Raad.[13] Het OM kan de toepasselijkheid van de procedure niet omzeilen door het bepaalde in

---

10 De Jong 2005 (*supra* noot 1), p. 272-273. Zie voor een uitgebreide bespreking van art. 44 Sr Sikkema 2005 (*supra* noot 2), p. 83 e.v.

11 P.P.T. Bovend'Eert, 'Kamerlid en ambtsmisdrijven', *NJB* 1991, p. 1666-1667. Zie ook P.P.T. Bovend'Eert, 'Kamerlid en ambtsmisdrijven (II)', *NJB* 1992, p. 824-825; P.P.T. Bovend'Eert, 'Ambtsmisdrijven in de affaire Margarita?', *NJB* 2003, p. 674-675.

12 Vgl. A.L. Melai, M.S. Groenhuijsen e.a., *Het wetboek van strafvordering* (losbl.), Deventer: Kluwer, aant. 5 bij art. 483; C.P.M. Cleiren & J.F. Nijboer (red.), *Tekst & Commentaar Strafvordering*, Deventer: Kluwer 2005, aant. 3 bij art. 483.

13 HR 6 december 1985, *NJ* 1986, 244; HR 27 oktober 1989, *NJ* 1990, 108 (beklag over de niet-vervolging ter zake van onder meer art. 355 Sr); HR 20 maart 1998, *NJ* 1998, 549 (beklag over de niet-vervolging van de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen ter zake van art. 355 Sr, art. 356 Sr en art. 365 Sr); HR 9 juli 2004, LJN AP1273 (beklag over de niet-vervolging van verschillende ministers, staatssecretarissen en Tweede Kamerleden ter zake van art. 355 Sr en art. 356 Sr, in verband met een fiscaal meningsverschil tussen klagers onderneming en de belastingdienst). Als het gaat om vermeende ambtsdelicten van de vice-president van de Raad van State is niet de Hoge Raad doch een gerechtshof bevoegd van het beklag kennis te nemen (HR 18 juni 1999, *NJ* 1999, 631).

art. 44 Sr buiten beschouwing te laten en de strafverzwarende omstandigheid niet ten laste te leggen. Als het beweerde strafbare feit slechts door de minister kan zijn begaan met schending van een bijzondere ambtsplicht (enzovoort), is een beklag bij de Hoge Raad over het niet vervolgen van dat strafbare feit eveneens niet-ontvankelijk.[14] Tot slot zal ook een niet-ontvankelijkheid moeten volgen als de klacht de in art. 485 Sv bedoelde *medeverdachten* betreft. Daarmee is art. 13a Sv overigens tot een 'dode letter' en een 'lege dop' geworden, zodat deze bepaling zou kunnen vervallen.[15] Van Veen wijst er op dat de motieven voor de bijzondere regeling (bescherming tegen lichtvaardige vervolging, enzovoort) nauwelijks gelden voor de medeverdachten; ook art. 485 Sv zou daarom kunnen worden afgeschaft.[16]

2.2 *De bijzondere ambtsmisdrijven van art. 355 Sr en art. 356 Sr*

Behalve een formele kant – de hierboven bedoelde procedurevoorschriften – kent de strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid ook een materiële kant. Deze kan in de kern worden omschreven als de strafrechtelijke aansprakelijkheid ter zake van een schending van de zorgplicht van ministers om uitvoering te geven aan wet en Grondwet. Sinds 1886 is deze verantwoordelijkheid neergelegd in de bijzondere ambtsmisdrijven van art. 355 Sr en art. 356 Sr. Het eerstgenoemde artikel ziet onder meer op ministers die hun medeondertekening verlenen aan koninklijke besluiten of beschikkingen, of die beschikkingen nemen of bevelen geven, wetende dat daardoor de Grondwet of andere wetten of algemene maatregelen van bestuur worden geschonden. Voorts zien de genoemde artikelen onder meer op het respectievelijk opzettelijk en culpoos nalaten uitvoering te geven aan de bepalingen van de Grondwet of andere wetten of algemene maatregelen van bestuur. In wezen betreft het hier dus handelingen met een bij uitstek politiek en bestuurlijk karakter. Dat ministers voor dergelijke gedragingen verantwoordelijk zijn, is in een democratie uiteraard zeer wenselijk. Dat dit zou moeten leiden tot strafrechtelijke aansprake-

---

14 HR 27 oktober 1989, *NJ* 1990, 108 (beklag door onder meer de vereniging Das en Boom over het verlenen van lozingsvergunningen door de minister van Verkeer en Waterstaat); HR 7 april 2006, *NJ* 2006, 243 (beklag over de niet-vervolging van de minister-president ter zake van een groot aantal misdrijven, in verband met onder meer de oorlog in Irak en het huwelijk van Prins Johan Friso met mevrouw Wisse Smit). Zie ook – impliciet – HR 9 juli 2004, LJN AP1274 (beklag over de niet-vervolging van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties ter zake van dood door schuld, in verband met de persoonlijke beveiliging van de heer P. Fortuyn).

15 Zie de conclusie van P-G Berger en de noot van Van Veen bij HR 6 december 1985, *NJ* 1986, 244. Een andere reden waarom handhaving van art. 13a Sv geen zin heeft is dat de P-G een opdracht tot vervolging niet naast zich kan neerleggen (zie de noot van Van Veen onder HR 27 oktober 1989, *NJ* 1990, 108).

16 Dan zou de belanghebbende tenminste wel op grond van art. 12 Sv kunnen klagen over niet-vervolging van deze personen. Zie de noot van Van Veen onder HR 6 december 1985, *NJ* 1986, 244.

lijkheid ligt echter minder voor de hand; daar lijkt ook weinig behoefte aan te bestaan naast de andere bestaande vormen van (politieke) controle en correctie. De genoemde artikelen '(...) zadelen bewindslieden op met een aansprakelijkheid jegens de strafrechter op grond van een zeer ruime, nauwelijks gespecificeerde en exclusief aan hen opgelegde plicht om te handelen in overeenstemming met wettelijke regelingen'.[17] De strafbaarstelling is dermate ruim en onbepaald dat deze naar mijn mening op gespannen voet staat met het legaliteitsbeginsel van art. 1 lid 1 Sr en art. 16 Gw.[18] In dit opzicht verschillen deze bepalingen duidelijk van de andere ambtsdelicten en lijken zij minder goed in het strafrechtelijke stelsel te passen. Mogelijk kan dit worden verklaard door de niet-strafrechtelijke (namelijk staatsrechtelijke) oorsprong van deze bepalingen, die immers aanvankelijk in de WMV waren opgenomen.

De ambtsmisdrijven van art. 355 Sr en art. 356 Sr moeten in de praktijk als 'dode letters' worden beschouwd: zij hebben tot dusver nooit tot een strafzaak geleid.[19] In verband met het ultimum remedium-argument roept dat de vraag op of het niet mogelijk zou zijn om deze delicten als overbodig te schrappen. De betreffende feiten kunnen en zullen immers gewoonlijk via de politieke verantwoordelijkheid worden gesanctioneerd.[20] De Wijkerslooth en Simonis spreken van 'een tweetal overbodige bepalingen'.[21] Voor zover er in de praktijk vervolging ter zake van deze delicten is overwogen, lijkt het primair te gaan om voorstellen met een puur politiek karakter en doel. Aan dergelijke voorstellen kunnen dan ook moeilijk argumenten worden ontleend om de genoemde delicten te handhaven.[22]

2.3 *De ratio van de regeling*

In het kader van de grondwetsherziening van 1983 zijn door de regering verschillende argumenten aangevoerd voor het handhaven van het voorschrift van art. 119 Gw. De regeling beschermt de bedoelde ambtsdragers tegen lichtvaardige vervolging. Indien de beslissing tot vervolging eenmaal is genomen, waarborgt de regeling

---

17 Broeksteeg, Sikkema & Warmelink 2000 (*supra* noot 3), p. 968. Zie ook Broeksteeg 2004 (*supra* noot 7), p. 131-135. Vgl. J.L. de Wijkerslooth & J. Simonis, 'De vervolgbaarheid van ministers en staatssecretarissen', *NJB* 2004, p. 677-678.

18 Sikkema 2005 (*supra* noot 2), p. 172. Vgl. Broeksteeg 2004 (*supra* noot 7), p. 131-132.

19 Broeksteeg 2004 (*supra* noot 7), p. 123.

20 Sikkema 2005 (*supra* noot 2), p. 123 en p. 184. Zie ook Broeksteeg 2004 (*supra* noot 7), p. 166-169 en p. 340-343.

21 De Wijkerslooth & Simonis 2004 (*supra* noot 17), p. 678.

22 Broeksteeg, Sikkema & Warmelink 2000 (*supra* noot 3), p. 968; Broeksteeg 2004 (*supra* noot 7), p. 168-169. Zie voor een overzicht van gevallen waarin een mogelijke vervolging van een minister ter zake van artt. 355-356 Sr of één van de andere ambtsmisdrijven ter sprake is gekomen Broeksteeg 2004 (*supra* noot 7), p. 161-165. Zie voor een overzicht van (kennelijk vooral politiek gemotiveerde) klachten over niet-vervolging van ambtsdelicten van ministers ook de voetnoten 13 en 14 hierboven.

dat deze ook daadwerkelijk plaatsvindt. De berechting in één instantie draagt ertoe bij dat de betrokken ambtsdrager niet te lang het middelpunt van politieke opschudding blijft. Met een vervolging op initiatief van regering of Tweede Kamer – bij uitstek politieke organen – zou ten slotte recht worden gedaan aan het in sterke mate politieke karakter van de beoordeling van de draagwijdte en inhoud van ambtsmisdrijven.[23] 'Volgens de regering moet een beslissing die vergaande politieke gevolgen kan hebben, van misdaden met een politiek karakter, begaan door politieke figuren, ook op politiek niveau worden genomen'.[24] Verderop in deze bijdrage zullen bij dit politieke karakter van de ambtsmisdrijven kanttekeningen worden geplaatst.

Binnen de ratio legis vallen twee factoren te onderkennen die ten opzichte van elkaar in tegengestelde richting lijken te wijzen. Enerzijds gaat het zoals gezegd om de *bescherming tegen lichtvaardige of misplaatste vervolgingen*, die slechts op 'politieke afkeer' berusten. Het OM mag niet op eigen gezag vervolgen, maar slechts nadat daartoe op hoog niveau is besloten en voor zover het feit in de last tot vervolging is omschreven. Anderzijds werd juist ook beoogd zoveel mogelijk te *voorkomen dat personen op grond van hun (hoge) positie minder kans lopen dan een ander om vervolgd, berecht en veroordeeld te worden*. De vervolging van een ambtsdrager wegens een ambtsmisdrijf mag niet stuklopen op 'misplaatste schroom' van het OM.[25] Bovendien moet het niet mogelijk zijn dat iemand op grond van zijn positie – in het bijzonder zijn juridische gezag of feitelijke macht over het OM – zijn strafvervolging tegenhoudt.[26] Aldus kan worden begrepen dat de regering en de Tweede Kamer elk een zelfstandige bevoegdheid hebben om vervolging te gelasten, dat het OM na een gegeven last verplicht is om te vervolgen en dat de hoogste leden van de staande en zittende magistratuur met de vervolging en berechting belast zijn. De gedachte is kennelijk dat de 'gewone' officier van justitie en rechter wellicht niet bestand zouden zijn tegen ongewenste pressie en dus soms niet op hun taak zouden zijn berekend. Volgens respectievelijk Bos en De Jong is dat een 'gevaarlijk' en 'bedenkelijk' uitgangspunt.[27]

Van het argument dat deze politieke ambtsdragers beschermd moeten worden tegen lichtvaardige vervolging gaat volgens Elzinga heden ten dage weinig overtuigingskracht uit. De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht is immers boven

---

23 Broeksteeg, Sikkema & Warmelink 2000 (*supra* noot 3), p. 968-969; D.J. Elzinga, 'De strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid', in: D.J. Elzinga (red.), *Ministeriële verantwoordelijkheid in Nederland*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 74-75; S.N. Vlaar, 'De strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid', *TvO* 1985, p. 290.

24 Broeksteeg 2004 (*supra* noot 7), p. 147.

25 Vlaar 1985 (*supra* noot 23), p. 290.

26 Vgl. Melai/Groenhuijsen e.a. (*supra* noot 12), aant. 4 bij artt. 482-485.

27 J.T.K. Bos, 'Vervolging en opsporing door de P.-G.', *NJB* 1976, p. 591-592; De Jong 2005 (*supra* noot 1), p. 274-275.

twijfel verheven.[28] Volgens Bovend'Eert staat daarentegen buiten kijf dat ministers bescherming verdienen tegen lichtvaardige vervolging. Deze auteur benadrukt naar aanleiding van de zogenaamde 'affaire Margarita' het belang van handhaving van de bijzondere procedure, hoewel hij zich afvraagt of deze in alle opzichten (met name waar het de rol van de Tweede Kamer en de regering betreft) gelukkig is.[29] Hierboven werd al gewezen op de veelal politieke motivatie van klachten over niet-vervolging van ministers.[30] Ook in dit opzicht moeten OM en rechter naar mijn mening echter in staat worden geacht om weerstand te bieden aan een dergelijke druk vanuit de samenleving.[31]

Voorts is het de vraag waarom juist ministers en kamerleden beschermd moeten worden tegen lichtvaardige vervolging. Moet niet voor iedereen gelden dat men niet te lichtvaardig wordt vervolgd? Een strafvervolging van een minister zou wellicht ingrijpende consequenties kunnen hebben, maar dat geldt voor veel meer functionarissen. Volgens De Jong heeft hier het gelijkheidsbeginsel te gelden. Het argument dat voorkomen moet worden dat bepaalde politieke ambtsdragers in verband met hun positie ongestraft misdrijven zouden kunnen plegen, spreekt De Jong meer aan. De volgende vraag is dan hoe men de vervolgende en berechtende organen voor bijzondere gevallen afdoende garanties tegen ongewenste pressie kan bieden. In dit verband acht De Jong het minder geslaagd om de P-G bij de Hoge Raad te belasten met de vervolging en de Hoge Raad met de berechting in eerste en enige aanleg.[32] Op de laatstgenoemde aspecten van de regeling zal ik in het onderstaande nog nader ingaan.

2.4 *Bezwaren tegen de geldende regeling (I): de verhouding tot de politieke verantwoordelijkheid*

De bijzondere procedure van de WMV is nog nooit toegepast. Daarvoor zijn verschillende verklaringen denkbaar. Het kan te maken hebben met de onkreukbaar-

---

28 Elzinga 1985 (*supra* noot 4), p. 426; Elzinga 1994 (*supra* noot 23), p. 75.

29 Bovend'Eert 2003 (*supra* noot 11), p. 675. In de genoemde affaire werd namens prinses Margarita en de heer De Roy van Zuydewijn aangifte gedaan tegen – onder andere – voormalig minister-president Kok en voormalig minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties De Vries ter zake van een aantal mogelijke strafbare feiten.

30 Zie voetnoot 22 hierboven.

31 In verband met de vervolgbaarheid van publiekrechtelijke rechtspersonen is door Corstens het volgende opgemerkt: 'Het is niet uitgesloten dat indien in concrete gevallen op goede gronden wordt geseponeerd of het niet tot een veroordeling komt, de gram van de samenleving zich tegen rechter en openbaar ministerie keert. Rechter en openbaar ministerie zullen in die gevallen helder moeten verwoorden op welke gronden zij tot die beslissingen zijn gekomen. Het is in de gegeven omstandigheden aan te bevelen die uitdaging aan te gaan en dit risico te lopen. (...) Daarbij moet moed en niet angst de drijfveer zijn' (G.J.M. Corstens, 'Vervolgbaarheid van de overheid', *NJB* 2002, p. 1049).

32 De Jong 2005 (*supra* noot 1), p. 274-275.

heid van de Nederlandse ministers. Ook zou de reden kunnen liggen in de politieke cultuur en de partijpolitieke verhoudingen.[33] Het is echter ook mogelijk dat het fenomeen van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid als zodanig hiervoor mede verantwoordelijk is. Historisch gezien is de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van ministers vooral een opstapje geweest naar de invoering van een alomvattende politieke verantwoordelijkheid in 1848. Conflicten tussen Kamer en regering over (ongrondwettig of onrechtmatig) handelen van ministers zijn sindsdien steeds opnieuw via de politieke weg afgewikkeld. De wettelijke regeling van de procedure in 1855 kan in zoverre als mosterd na de maaltijd worden beschouwd. De politieke verantwoordelijkheid heeft de strafrechtelijke volkomen in de schaduw gesteld. De strafrechtelijke verantwoordelijkheid is kortom het product van een periode waarin het parlementaire stelsel nog niet tot ontwikkeling was gekomen. In een gezond functionerend parlementair stelsel heeft deze weinig waarde.[34] De grond die destijds voor invoering van de strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid bestond moet vooral worden gezocht in het beperken van de persoonlijke macht van de Koning. Door ministers aan een mogelijke vervolging door het parlement bloot te stellen werd de macht van de Koning ingeperkt. Nu de Koning tegenwoordig geen directe persoonlijke invloed meer heeft, is die grond aan de regeling ontvallen.[35] Door de genoemde staatsrechtelijke ontwikkelingen is de strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid al snel na de invoering een ‘obsoleet concept’ en een ‘zijspoor’ geworden.[36] Tegenwoordig gaat het hier om een ‘academische kwestie’ van ‘marginaal belang’, een ‘folkloristisch element’ binnen de parlementaire democratie.[37]

2.5 *Bezwaren tegen de geldende regeling (II): het politieke karakter van de ambtsdelicten*

Voor zover het in art. 355 Sr en art. 356 Sr gaat om typisch politiek-bestuurlijke gedragingen, is het wellicht wel te billijken dat bij de vervolgingsbeslissing een rol is weggelegd voor een politiek orgaan. Juist de normen die thans in de genoemde wetsartikelen zijn opgenomen vormden destijds de aanleiding om de Kamer hier een rol toe te bedelen.[38] Vooral deze delicten zijn politiek van karakter en vergen

33 Broeksteeg 2004 (*supra* noot 7), p. 167.

34 Dat kan anders zijn in landen met (elementen van) een presidentieel stelsel, waar men procedures kent gericht op het afzetten van hoge ambtsdragers in verband met het plegen van bepaalde strafbare feiten (‘impeachment’). In een dergelijk systeem wordt niet alleen de beslissing tot vervolging, maar ook de berechting in handen gelegd van een politiek orgaan. Zie Broeksteeg, Sikkema & Warmelink 2000 (*supra* noot 3), p. 967-969. Zie ook Broeksteeg 2004 (*supra* noot 7), p. 130-131; Vlaar 1985 (*supra* noot 23), p. 290; Elzinga 1994 (*supra* noot 23), p. 65-67.

35 Vlaar 1985 (*supra* noot 23), p. 290.

36 De Wijkerslooth & Simonis 2004 (*supra* noot 17), p. 678; Elzinga 1994 (*supra* noot 23), p. 66.

37 Vlaar 1985 (*supra* noot 23), p. 287 en p. 290.

38 De Wijkerslooth & Simonis 2004 (*supra* noot 17), p. 678.

een meer politieke interpretatie van wet en Grondwet. Volgens Elzinga is het daarom wenselijk dat politieke organen hier in zekere mate zeggenschap hebben over de vraag of een politieke ambtsdrager conform wet of Grondwet heeft gehandeld.[39] De Tweede Kamer moet een eventuele vervolging beoordelen op grond van het recht, de billijkheid, de zedelijkheid en het staatsbelang. Deze afweging heeft dus (mede) een politiek karakter.[40] De toepasselijkheid van deze procedure was aanvankelijk (in de WMV van 1855) dan ook beperkt tot de misdrijven van de huidige artikelen 355 en 356 Sr. Op andere door ministers gepleegde (ambts)misdrijven – en op strafbare feiten begaan door parlementariërs – bleven de gewone regels van strafvordering van toepassing. In 1886 is de gelding van de procedure echter – zonder nadere motivering – uitgebreid tot alle overige ambtsdelicten van ministers en die van parlementariërs. De exclusief voor ministers bedoelde regeling met betrekking tot strafbare handelingen met bijzondere politieke aspecten, kreeg aldus plotseling een veel ruimere reikwijdte.[41] Daarmee is de koppeling losgelaten tussen de ruime strafrechtelijke verantwoordelijkheid van ministers enerzijds, en de procedurele bescherming tegen lichtvaardige vervolging anderzijds. De andere ambtsdelicten hebben geen uitgesproken ‘politiek’ karakter en zijn veel meer zuiver strafrechtelijk van aard.[42] Dat blijkt alleen al uit het feit dat deze delicten niet alleen door politieke ambtsdragers kunnen worden gepleegd, maar ook door alle andere ambtenaren. Wat is er ‘politiek’ aan het gedrag van de minister die zich laat omkopen (art. 362 Sr en art. 363 Sr) of die geld verduistert (art. 359 Sr)? ‘[W]aarom eigenlijk zou een politiek ambtsdrager deze procedurele bescherming moeten genieten voor elk misdrijf en elke overtreding die op enigerlei wijze in verband staat met de uitoefening van de functie?’[43]

Het systeem getuigt van weinig vertrouwen in het vermogen van het OM om de opportuniteit van een strafvervolging ter zake van een ambtsmisdrijf te beoordelen. Op basis van zijn specifieke expertise en ervaring moet de officier van justitie naar mijn mening – beter dan de Tweede Kamer – in staat worden geacht de wenselijkheid en de kans van slagen van een vervolging te beoordelen. In plaats van politieke overwegingen zouden dan juridische criteria (rechtmatigheid) een grotere rol krijgen. Zoals hierboven bleek lijkt het echter juist de bedoeling te zijn dat de afweging door de Tweede Kamer van andere aard is dan die door het OM.[44] Daar staat te-

---

39 Elzinga 1985 (*supra* noot 4), p. 427. Elzinga noemt ook nog art. 463 Sr en art. 44 Sr als delicten met politieke elementen.

40 Broeksteeg 2004 (*supra* noot 7), p. 144.

41 Elzinga 1985 (*supra* noot 4), p. 425 en p. 428; Elzinga 1994 (*supra* noot 23), p. 72 en p. 75-77.

42 Broeksteeg, Sikkema & Warmelink 2000 (*supra* noot 3), p. 968-969; Broeksteeg 2004 (*supra* noot 7), p. 151.

43 Broeksteeg, Sikkema & Warmelink 2000 (*supra* noot 3), p. 968.

44 Broeksteeg, Sikkema & Warmelink 2000 (*supra* noot 3), p. 969; Broeksteeg 2004 (*supra* noot 7), p. 340.

genover dat het OM op grond van art. 167 lid 2 Sv van vervolging kan afzien op 'gronden aan het algemeen belang ontleend'. Dat criterium biedt alle ruimte om rekening te houden met het belang van bestuurlijke slagvaardigheid en het uitgangspunt dat ministers niet lichtvaardig vervolgd moeten worden.

2.6 *Bezwaren tegen de geldende regeling (III): de betrokkenheid van de Tweede Kamer en de Kroon*

Ook de inrichting van de procedure heeft ongetwijfeld bijgedragen aan het uitblijven van vervolgingen. De procedure maakt het buitengewoon lastig – zo niet onmogelijk – om ministers, staatssecretarissen en kamerleden met succes voor ambtsdelicten te vervolgen; in feite genieten zij in zoverre strafrechtelijke immuniteit.[45] Ook als men instemt met het uitgangspunt dat ministers niet lichtvaardig in strafrechtelijke procedures moeten worden betrokken, kan men zich afvragen of de procedurevoorschriften niet te veel bescherming bieden.

Door de betrokkenheid van de Tweede Kamer en de Kroon gaan politieke overwegingen een rol spelen bij de vervolgingsbeslissing. Voor de bescherming van bewindslieden kan deze politieke invloed zowel positieve als negatieve consequenties hebben. Enerzijds kan de Kamer de betrokken minister om politieke redenen (zoals het coalitiebelang) de hand boven het hoofd houden; anderzijds kan een minister in een bepaalde kwestie juist als zondebok worden geofferd. Dit terwijl vanuit een strafrechtelijk oogpunt objectiviteit juist gewenst is.[46] Met die gewenste objectiviteit lijkt bijvoorbeeld moeilijk verenigbaar dat de medeondertekening van een zittende collega-minister vereist is, als de Kroon (bij koninklijk besluit) de vervolging van een minister initieert.[47] Volgens sommigen zou het principieel juister zijn om de beslissing tot vervolging van leden van de Staten-Generaal bij uitsluiting in handen van de Kamer zelf te leggen. De regering was hier echter tegen, aangezien de mogelijkheid zou bestaan dat de Tweede Kamer als gevolg van een misplaatst teveel aan collegialiteit niet tot vervolging overgaat.[48] Kennelijk gaat men er van uit dat deze misplaatste loyaliteit geen rol speelt binnen een partij of een coalitie.[49] Daarmee wordt naar mijn mening miskend dat dezelfde overwegingen van belang kunnen zijn bij het besluit van de *regering* om een minister of een kamerlid niet te vervolgen, of bij het besluit van de meerderheid van de Kamer om een *minister* niet te vervolgen.

---

45 De Wijkerslooth & Simonis 2004 (*supra* noot 17), p. 678.

46 Broeksteeg, Sikkema & Warmelink 2000 (*supra* noot 3), p. 968-969; Broeksteeg 2004 (*supra* noot 7), p. 150-152.

47 Vgl. Broeksteeg 2004 (*supra* noot 7), p. 142.

48 Broeksteeg 2004 (*supra* noot 7), p. 146-147.

49 Vlaar 1985 (*supra* noot 23), p. 291.

Door Vlaar is terecht betoogd dat politieke neutraliteit hier een eerste vereiste is. Een vervolging die is ingegeven door (partij)politieke overwegingen is volgens deze auteur pas echt een 'lichtvaardige vervolging' te noemen. 'Een merkwaardige paradox lijkt het dan ook, dat waar het Openbaar Ministerie in sommige gevallen niet in staat moet worden geacht de benodigde politieke neutraliteit op te brengen, bij uitstek politieke organen als regering en parlement dat wel worden geacht'.[50] Vlaar betwijfelt of het in de huidige politieke verhoudingen überhaupt mogelijk zou zijn dat de Kamer een minister, die lid van een coalitiepartij is, aanklaagt. 'Men zal snel geneigd zijn om een minister omwille van de coalitie of uit partijloyaliteit te sauveren'.[51] Ook Elzinga erkent dat de zeggenschap van de politieke organen ertoe kan leiden dat gerechtvaardigde vervolgingen achterwege blijven.[52]
Verder kan worden opgemerkt dat regering en parlement onervaren zijn in de uitoefening van deze strafrechtelijke taak, hetgeen tot 'fouten' kan leiden.[53] Het is met andere woorden de vraag in hoeverre de Kamer geschikt is om strafrechtelijke taken uit te voeren, nu de strafrechtelijke expertise en ervaring van het OM bij de Kamer niet of in veel mindere mate aanwezig zijn.[54] Vlaar en Bos komen beiden tot de conclusie dat het initiatief tot vervolging 'gewoon' bij het OM zou moeten liggen. De regering was echter van mening dat de gebruikelijke instanties niet met de vervolging van politieke ambtsdragers belast moeten worden, omdat in zulke zaken van allerlei zijden grote druk kan worden uitgeoefend. Als voorbeeld wordt genoemd de mogelijkheid dat een officier van justitie de minister van Justitie, aan wie hij ondergeschikt is, zou moeten vervolgen.[55] Hier wordt mogelijk een reëel probleem aan de orde gesteld, maar uit het bovenstaande blijkt naar mijn mening dat de oplossing daarvoor in elk geval niet moet worden gezocht in het belasten van politieke organen met de beslissing tot vervolging.

2.7 Bezwaren tegen de geldende regeling (IV): berechting door de Hoge Raad en vervolging door de P-G bij de Hoge Raad

Tot slot kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de berechting in eerste en laatste instantie door de Hoge Raad en bij de vervolging door de P-G bij de Hoge Raad. Een berechting door de hoogste rechter zal wellicht juist bijdragen aan de politieke en maatschappelijke commotie die de regeling wil voorkomen. Het ontbreken van

---

[50] Vlaar 1985 (*supra* noot 23), p. 290.
[51] Vlaar 1985 (*supra* noot 23), p. 290.
[52] Elzinga denkt echter dat een evident ambtsmisdrijf niet snel buiten een vervolgingsprocedure zal kunnen blijven, aangezien de politiek zeer kritisch wordt gevolgd door pers en publieke opinie; Elzinga 1985 (*supra* noot 4), p. 426-427; Elzinga 1994 (*supra* noot 23), p. 75. Vgl. Melai/Groenhuijsen e.a. (*supra* noot 12), aant. 4 bij artt. 482-485.
[53] Bos 1976 (*supra* noot 27), p. 592.
[54] Broeksteeg 2004 (*supra* noot 7), p. 151.
[55] Broeksteeg 2004 (*supra* noot 7), p. 149.

hoger beroep kan bovendien moeilijk als een 'privilege' worden gezien.[56] Eventuele fouten kunnen niet in een (nog) hogere aanleg worden gecorrigeerd. Zowel art. 14 lid 5 IVBPR als art. 2 van het Zevende Protocol bij het EVRM garanderen de verdachte het recht op berechting in twee instanties. Nederland heeft bij de ratificatie van het IVBPR speciaal met het oog op het forum privilegiatum op dit punt een voorbehoud gemaakt, maar De Jong vraagt zich af hoe lang dit in internationaal verband is vol te houden.[57] Wat betreft de aanwijzing van de Hoge Raad als bevoegde instantie kan tot slot nog worden opgemerkt dat de cassatierechter strikt genomen onervaren is als het gaat om feitenvaststelling; het optreden als feitenrechter behoort niet tot zijn normale takenpakket.[58]

Een ambtsdrager die een ambtsmisdrijf heeft begaan, mag zijn vervolging en berechting niet kunnen ontlopen door druk uit te oefenen op het OM. In de huidige procedure is dit risico uitgesloten, doordat de P-G bij de Hoge Raad niet de bevoegdheid heeft om te seponeren en hij niet kan worden ontslagen.[59] Het argument om de P-G bij de Hoge Raad met de vervolging te belasten was diens onafhankelijkheid ten opzichte van de politiek.[60] Gelet op deze waarborgen tegen pressie van buitenaf is er op het eerste gezicht zeker wat te zeggen voor het toekennen van een rol aan de P-G bij de vervolging van ministers. Een dergelijke constructie zou kunnen garanderen dat politieke overwegingen geen rol spelen bij de vervolgingsbeslissing.[61] Deze mogelijkheid past echter alleen in een systeem waarin de berechting door de Hoge Raad als forum privilegiatum plaatsvindt. Het zou immers vreemd zijn als de P-G bij de Hoge Raad een zaak zou aanbrengen bij een gewone rechtbank.[62] Bovendien is het parket van de P-G bij de Hoge Raad in organisatorische zin niet toegerust voor opsporing en vervolging en beschikt het ook niet over de daartoe benodigde wettelijke bevoegdheden. 'Hoe moet de P-G bij de HR opsporen?'[63] De wet bevat hierover geen specifieke bepalingen en er bestaat in de literatuur dan ook veel onduidelijkheid over de vraag of de P-G een zelfstandige opspo-

56 Broeksteeg, Sikkema & Warmelink 2000 (*supra* noot 3), p. 969.

57 De Jong 2005 (*supra* noot 1), p. 275. Zie ook de noten van Van Veen onder HR 6 december 1985, *NJ* 1986, 244 en HR 27 oktober 1989, *NJ* 1990, 108. Het Zevende Protocol is voor Nederland nog niet in werking getreden en bovendien maakt het uitzonderingen mogelijk voor gevallen waarin de betrokkene in eerste aanleg wordt berecht door het hoogste gerecht; zie De Wijkerslooth & Simonis 2004 (*supra* noot 17), p. 676 en Melai/Groenhuijsen e.a. (*supra* noot 12), aant. 8 bij art. 484.

58 De Wijkerslooth & Simonis 2004 (*supra* noot 17), p. 676.

59 Broeksteeg 2004 (*supra* noot 7), p. 154.

60 De Wijkerslooth & Simonis 2004 (*supra* noot 17), p. 677. Zie ook Elzinga 1994 (*supra* noot 23), p. 76.

61 Vgl. Bovend'Eert 2003 (*supra* noot 11), p. 675.

62 Broeksteeg 2004 (*supra* noot 7), p. 340-341.

63 Noot Van Veen onder HR 6 december 1985, *NJ* 1986, 244.

ringsbevoegdheid heeft.[64] Tot slot hebben De Wijkerslooth en Simonis er op gewezen dat de noodzaak om de vervolging van bewindslieden bij het reguliere OM weg te houden sinds de wijziging van de Wet RO in 1999 veel minder groot is geworden. De wijze waarop de aanwijzingsbevoegdheid van de minister van Justitie in art. 127 en art. 128 Wet RO vorm heeft gekregen, kan een nuttige waarborg bieden tegen ongewenste politieke bemoeienis. De Staten-Generaal wordt zo spoedig mogelijk op de hoogte gesteld van een voorgenomen aanwijzing en van de zienswijze van het College van procureurs-generaal.[65] Meer in het algemeen wordt bij het geven van aanwijzingen terughoudendheid betracht en beschikt het OM over een zekere mate van zelfstandigheid.[66] Op grond van dit alles ben ik van mening dat de vervolging van ministers aan het 'gewone' OM kan worden overgelaten.[67] Wél is het de vraag of de bedoelde waarborgen voldoende zijn om iedere schijn van politieke bemoeienis te voorkomen.

2.8 Tussenbalans

De gehele regeling inzake de strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid is onbevredigend en zou naar mijn mening moeten worden afgeschaft.[68] In het bijzonder komen uit het voorgaande de volgende conclusies naar voren:

- De bijzondere ministeriële ambtsmisdrijven van art. 355 Sr en art. 356 Sr zijn nooit toegepast. In het huidige parlementaire stelsel hebben ze geen functie (meer) naast de politieke verantwoordelijkheid. Bovendien zijn deze strafbaarstellingen dermate ruim en onbepaald geformuleerd dat ze op gespannen voet staan met het legaliteitsbeginsel.
- De bijzondere procedure van de WMV beoogt ministers te beschermen tegen lichtvaardige vervolging, maar biedt zoveel bescherming dat vervolging van ministers ter zake van ambtsdelicten in de praktijk vrijwel onmogelijk is. Daarmee wordt de andere doelstelling van de regeling – voorkomen dat ministers vanwege hun positie ongestraft misdrijven kunnen plegen in de uitoefening van hun functie – ondermijnd.
- Het is onwenselijk dat de vervolgingsbeslissing wordt genomen door politieke organen (de Tweede Kamer of de Kroon). Daardoor gaan politieke overwegingen hier een rol spelen, terwijl deze beslissing zich juist zou moeten kenmerken door objectiviteit en politieke neutraliteit. Het gevaar bestaat dat

---

64 Vgl. Melai/Groenhuijsen e.a. (*supra* noot 12), aant. 7 bij art. 483.

65 De Wijkerslooth & Simonis 2004 (*supra* noot 17), p. 673-678.

66 Broeksteeg 2004 (*supra* noot 7), p. 341.

67 In dezelfde zin De Wijkerslooth & Simonis 2004 (*supra* noot 17), p. 678.

68 Dat is overigens geen revolutionair voorstel; het sluit aan op aanbevelingen die in eerdere literatuur zijn gedaan. Vgl. de noot van Van Veen onder HR 6 december 1985, *NJ* 1986, 244; Broeksteeg, Sikkema & Warmelink 2000 (*supra* noot 3); Broeksteeg 2004 (*supra* noot 7). De Wijkerslooth en Simonis (2004, *supra* noot 17) pleiten voor de (her)invoering van een verlofstelsel, waarin vervolging plaatsvindt door het reguliere OM na verlof van de Kamer.

vervolging achterwege blijft als gevolg van misplaatste collegialiteit of loyaliteit aan partij of coalitie. Het initiatief tot vervolging zou daarom 'gewoon' bij het OM moeten liggen.

- Berechting in eerste en laatste instantie door de Hoge Raad kan moeilijk als een privilege worden gezien, onder meer omdat de mogelijkheid van hoger beroep ontbreekt.
- De P-G bij de Hoge Raad beschikt wettelijk en organisatorisch niet over adequate mogelijkheden tot opsporing en vervolging. De vraag op welke (andere) wijze het OM dan eventueel beschermd zou moeten worden tegen ongewenste (politieke) pressie verdient nadere aandacht.

Het afschaffen van de procedure is geen sinecure: dit vereist immers een grondwetswijziging. Art. 119 Gw zal moeten worden aangepast of geschrapt.[69] Indien een grondwetswijzing in de (politieke) praktijk niet haalbaar blijkt te zijn, zou de reikwijdte van de regeling naar mijn mening in elk geval moeten worden beperkt tot hetgeen grondwettelijk gezien strikt noodzakelijk is: de vervolging van leden van de Staten-Generaal, ministers en staatssecretarissen wegens ambtsmisdrijven. Met het oog op de rechtsgelijkheid zou de inbreuk op het normale stelsel van strafvordering zo klein mogelijk moeten worden gehouden. De uitbreiding tot ambtsovertredingen en tot strafbare feiten begaan onder de in art. 44 Sr omschreven omstandigheden (art. 76 Wet RO en art. 483 lid 2 Sv) zou daarom moeten vervallen, evenals de uitbreiding tot medeverdachten (art. 485 Sv).
Men kan zich nog afvragen of van 'het afschaffen van de strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid' niet een verkeerd signaal zal uitgaan.[70] Hier moet echter worden bedacht dat de bijzondere procedure van art. 119 Gw die verantwoordelijkheid niet *creëert*, maar de vervolgbaarheid juist *beperkt* ten opzichte van de normale situatie waarin het OM alle strafbare feiten kan vervolgen. Het is die 'bevoorrechte' positie die zou moeten vervallen, waarbij het zoals gezegd overigens de vraag is of het in alle gevallen echt een 'privilege' betreft (bijvoorbeeld in verband met het ontbreken van hoger beroep).

Op grond van de huidige regeling kan het OM niet tot vervolging van een minister overgaan zonder last van de regering of het parlement. De Jong heeft opgemerkt dat het denkbaar is dat de regering en de meerderheid van het parlement zich 'op duidelijk onzuivere politieke gronden' onthouden van het geven van een last tot vervolging. In een dergelijk geval zou het OM op een of andere manier toch moeten kunnen vervolgen, aldus De Jong: 'Hoge politieke ambtsdragers zouden immers (...) niet vanwege hun positie ongestraft in de uitoefening van hun functie misdrijven

---

69 Bovend'Eert 2003 (*supra* noot 11), p. 675; Broeksteeg 2004 (*supra* noot 7), p. 342; De Wijkerslooth & Simonis 2004 (*supra* noot 17), p. 678.

70 Vgl. Vlaar 1985 (*supra* noot 23), p. 291.

moeten kunnen plegen'.[71] Hier legt De Jong naar mijn mening de vinger op de zere plek. Als men het argument van de bescherming tegen lichtvaardige vervolging niet overtuigend acht, komt het accent immers te liggen op het voorkomen dat ongewenste pressie wordt uitgeoefend op de vervolgende instantie.[72] Is het dan niet juist de pressie door politieke organen (regering en parlement), waartegen het OM beschermd moet worden? En zou de hiërarchisch ondergeschikte positie van het OM ten opzichte van de minister (de aanwijzingsbevoegdheid van art. 127 Wet RO) op dit punt dan niet juist doorbroken moeten worden?[73] In paragraaf 3 wordt nader op dit punt ingegaan. Eenzelfde argument speelt namelijk een rol in de discussies over de strafrechtelijke vervolgbaarheid van publiekrechtelijke rechtspersonen.

3. De strafrechtelijke vervolgbaarheid van publiekrechtelijke rechtspersonen en de aanwijzingsbevoegdheid van de minister van Justitie

3.1 De wetsvoorstellen en de voorgeschiedenis

Enige tijd geleden zijn twee (concept)wetsvoorstellen gepubliceerd met betrekking tot de strafrechtelijke vervolgbaarheid van publiekrechtelijke rechtspersonen en hun opdracht- en feitelijke leidinggevers. In oktober 2005 heeft de minister van Justitie een wetsontwerp over dit onderwerp voor advies aan een aantal instanties gezonden.[74] Inmiddels is dit regeringsvoorstel 'ingehaald' door een initiatiefwetsvoorstel van het kamerlid Wolfsen, dat op 27 april 2006 naar de Tweede Kamer is gestuurd.[75] Voor een deel stemmen de beide voorstellen overeen, maar voor een ander deel verschillen zij wezenlijk. Het belangrijkste verschil is dat het eerstgenoemde voorstel zich beperkt tot het vervolgbaar maken van ambtenaren in hun hoedanigheid van opdracht- of leidinggever, terwijl het tweede voorstel tevens voorziet in de vervolgbaarheid van overheidsorganisaties als zodanig.[76] In het onderstaande staat een ander verschil centraal, namelijk het al dan niet uitsluiten van de aanwijzingsbevoegdheid van art. 127 Wet RO als het gaat om de vervolging van overheden.

Tussen het kabinet en de Tweede Kamer wordt al jaren gediscussieerd over een eventuele verruiming van de vervolgbaarheid van overheden, zonder dat dit tot

---

71 De Jong 2005 (*supra* noot 1), p. 275.

72 Zie hierboven, onder 2.3.

73 Broeksteeg suggereert dat in de Wet RO een regeling opgenomen zou kunnen worden voor het specifieke geval waarin de minister van Justitie zelf verdachte is. In dat geval zou bijv. de minister-president de bevoegdheid kunnen krijgen om aanwijzingen aan het OM te geven. Zie Broeksteeg 2004 (*supra* noot 7), p. 341.

74 Zie www.justitie.nl.

75 *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 538, nr. 1-3.

76 Zie nader E. Sikkema, 'Twee wetsvoorstellen over de strafbare overheid', *NJB* 2006, p. 1994-2001.

overeenstemming heeft geleid.[77] In 1999 brengt de Raad van State een advies uit over het onderwerp. De Raad concludeert dat een uitbreiding van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat geen overweging verdient. Daarbij wordt onder meer een beroep gedaan op de gevolgen die opheffing van de immuniteit zou hebben voor de eenheid van de regering. Aangezien strafvervolging geschiedt door het OM onder verantwoordelijkheid van de minister van Justitie, zou deze minister bij een vervolging van de staat steeds in een moeilijke positie komen te verkeren. Ten aanzien van de mogelijkheid om deze bezwaren te ondervangen door het initiatief tot vervolging te leggen bij de P-G bij de Hoge Raad, merkt de Raad van State op dat de P-G daarbij over een eigen apparaat moet beschikken. Bovendien is de Hoge Raad thans niet toegerust voor een onderzoek naar de feiten, gezien de beperkte schaal waarop deze in het strafrecht als feitenrechter optreedt.[78]
Voor zover het gaat om de strafrechtelijke immuniteit van de staat (de centrale overheid) deelt de minister de argumentatie van de Raad. Het erkennen van de mogelijkheid van vervolging van de staat zou de positie van de minister van Justitie als lid van de regering aanmerkelijk compliceren. De minister voegt hier – in navolging van de Raad van State – aan toe dat deze bezwaren onvoldoende kunnen worden ondervangen door bijzondere procedurele voorzieningen.[79] De meeste kamerleden kunnen zich echter niet verenigen met het standpunt van het kabinet en laten zich niet overtuigen door de (mede aan het advies van de Raad van State ontleende) argumenten voor dat standpunt.[80]

3.2 Het advies van de Commissie Roelvink

Om de impasse te doorbreken wordt in 2001 de Commissie Roelvink ingesteld.[81] De minister verzoekt deze commissie onder meer een oordeel te geven over de vormgeving en consequenties van een eventuele strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat, zoals een speciale procedure waarin de P-G bij de Hoge Raad een belangrijke plaats zou innemen. In het advies van de commissie wordt voorgesteld om voor zelfstandige onderdelen van de staat strafrechtelijke aansprakelijkheid in te voeren op het terrein van het ordeningsrecht.[82] De commissie gaat in het rapport ook in op de positie van de minister van Justitie. Zoals hierboven al bleek is de positie van de minister van Justitie als lid van het kabinet en tevens als (op afstand) verantwoordelijke voor het optreden van het OM in het verleden (door de Raad van

77 *Kamerstukken II*, 1996/97-2001/02, 25 294, nr. 1-16. Zie voor een beknopt overzicht van de discussies Commissie Roelvink, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat*, Den Haag 2002, p. 14-16.
78 *Kamerstukken II*, 1999/2000, 25 294, A.
79 *Kamerstukken II*, 1999/2000, 25 294, nr. 10.
80 *Kamerstukken II*, 1999/2000, 25 294, nr. 11.
81 *Kamerstukken II*, 2000/01, 25 294, nr. 14.
82 Commissie Roelvink 2002 (*supra* noot 77), p. 5-7.

State en door het kabinet) aangevoerd als argument voor algehele immuniteit van de staat. De Commissie Roelvink erkent dat deze positie soms inderdaad problemen kan opleveren: 'Met name kan gemakkelijk de schijn ontstaan van politieke beinvloeding van de vervolgingsbeslissing, hetzij door de Minister van Justitie hetzij via hem door andere ministers en bestuurders'.[83] De commissie vraagt zich af of niet door het treffen van 'speciale voorzieningen' veel van de genoemde bezwaren kunnen worden weggenomen; een argument tegen iedere vorm van strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat ziet de commissie er in elk geval niet in. Overigens levert ook het bestaan van de eerder besproken bijzondere procedure van art. 483 e.v. Sv voor ambtsmisdrijven gepleegd door een minister of staatssecretaris volgens de commissie geen afdoende argument op tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat. Dat is alleen al het geval omdat het bij die procedure gaat om de *individuele* functionarissen en niet om de rechtspersoon. Voorts levert de bedoelde procedure geen correctiemogelijkheid op als het gaat om door *andere functionarissen* gepleegde en aan de staat toe te rekenen strafbare feiten.[84] Daar kan nog aan worden toegevoegd dat de procedure evenmin soelaas biedt als het gaat om *andere strafbare feiten* dan ambtsdelicten. Vastgesteld kan worden dat de argumentatie van de Hoge Raad in het zogenaamde Volkel-arrest in zoverre weinig overtuigend kan worden genoemd. In dat arrest overweegt de Hoge Raad immers dat strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat zelf niet strookt met (onder meer) de mogelijkheid om ministers en staatssecretarissen ter zake van ambtsmisdrijven te vervolgen op de voet van art. 483 e.v. Sv.[85]

De noodzaak van een bijzondere voorziening

In verband met de vraag naar de mogelijkheid en wenselijkheid van een speciale procedure voor de vervolging van de staat wijst de commissie op de in 1999 in de gewijzigde Wet RO opgenomen nieuwe regeling van de aanwijzingsbevoegdheid van de minister van Justitie ten aanzien van het OM. Op grond van art. 127 Wet RO kan deze minister 'algemene en bijzondere aanwijzingen geven betreffende de uitoefening van de taken en bevoegdheden van het openbaar ministerie'. Deze bepaling brengt tot uitdrukking dat de minister van Justitie volledig politiek verantwoordelijk is voor het functioneren van het OM, ook als het gaat om individuele strafzaken. De uitoefening van de aanwijzingsbevoegdheid is van een aantal randvoorwaarden en waarborgen voorzien (art. 128 Wet RO). Bovendien lijkt het algemeen aanvaard te zijn dat de politieke bemoeienis met individuele zaken beperkt moet blijven tot zeer uitzonderlijke gevallen.[86] Het is volgens de commissie echter aannemelijk dat het laatstgenoemde uitgangspunt juist bij strafbare feiten van pu-

83 Commissie Roelvink 2002 (*supra* noot 77), p. 21.
84 Commissie Roelvink 2002 (*supra* noot 77), p. 21-23.
85 HR 25 januari 1994, *NJ* 1994, 598.
86 Commissie Roelvink 2002 (*supra* noot 77), p. 12 en p. 34.

bliekrechtelijke rechtspersonen onder druk kan komen te staan. Zoals gezegd kan de positie van de minister van Justitie volgens de commissie een reden zijn voor het treffen van een bijzondere voorziening. 'Deze kan immers in een lastige positie komen te verkeren, aangezien hij enerzijds politiek verantwoordelijk is voor het orgaan dat (zonder bijzondere voorzieningen) belast zou worden met de vervolging van de staat (...) en anderzijds in één kabinet zit met de ministers die mogelijk verantwoordelijkheid dragen voor het verdachte c.q. vervolgde staatsonderdeel'.[87] De commissie spreekt van de 'spagaat' van de minister van Justitie en wijst op *de (schijn van) politieke beïnvloeding van de vervolgingsbeslissing*, waarvan sprake kan zijn als een lid van het kabinet politieke controle uitoefent over het orgaan dat is belast met de vervolging van publiekrechtelijke rechtspersonen. Het kan niet geheel worden uitgesloten dat de minister zijn aanwijzingsbevoegdheid gebruikt hetzij om hem onwelgevallige vervolgingen van publiekrechtelijke rechtspersonen te voorkomen, hetzij om uit politieke overwegingen een bepaald onderdeel van de overheid wél te laten vervolgen. Het is denkbaar dat door derden druk wordt uitgeoefend op de minister van Justitie om gebruik te maken van deze bevoegdheid, bijvoorbeeld door collega-ministers die verantwoordelijk zijn voor het verdachte overheidsonderdeel en strafvervolging willen voorkomen. Omgekeerd kan vanuit de media of vanuit het parlement druk worden uitgeoefend om in een bepaalde zaak strafvervolging juist te bevorderen. Ook kan er sprake zijn van indirecte druk, bijvoorbeeld doordat een zaak veel aandacht krijgt in de politiek en de media. Dit kan uitmonden in een al te ver gaande bemoeienis die een onpartijdige beslissing over de vervolging bemoeilijkt. De ongemakkelijke positie van de minister van Justitie kan een risico voor het aanzien en gezag van de overheid meebrengen. De commissie is van mening dat dit risico het treffen van een bijzondere voorziening rechtvaardigt.[88]

Een speciale procedure?

Welke vorm zou die bijzondere voorziening dan moeten krijgen? De commissie merkt op dat in dit verband vaak wordt verwezen naar de speciale procedure voor de vervolging van ministers wegens ambtsmisdrijven. Eerder in deze bijdrage heb ik die procedure uitvoerig besproken. Deze procedure biedt volgens de commissie weliswaar bepaalde waarborgen voor een onpartijdige en afgewogen vervolgingsbeslissing, maar toch wordt het niet wenselijk geacht om (een variant op) deze procedure hier over te nemen. Strafzaken tegen publiekrechtelijke rechtspersonen zouden zoveel mogelijk als gewone strafzaken moeten worden behandeld en er is geen reden waarom zij een forum privilegiatum zouden moeten krijgen. 'Iedere afwijking van de normale strafprocedure zal al snel neerkomen op een verzwaring, met het ri-

87 Commissie Roelvink 2002 (*supra* noot 77), p. 34.
88 Commissie Roelvink 2002 (*supra* noot 77), p. 34-35.

sico dat een onnodig hoge drempel wordt opgeworpen voor de vervolging'.[89] Er kunnen weliswaar specifieke ('staatkundige') belangen een rol spelen bij de vervolgingsbeslissing ten aanzien van publiekrechtelijke rechtspersonen, maar die kunnen naar het oordeel van de commissie heel wel in de normale opportuniteitsbeoordeling worden meegewogen. Die beoordeling kan worden overgelaten aan het OM en voor een rol voor een politiek orgaan (de regering of het parlement) ziet de commissie geen plaats. 'Integendeel, ter voorkoming van elke schijn van politieke bemoeienis met de vervolging in strafzaken tegen publiekrechtelijke rechtspersonen is zo'n rol zelfs onwenselijk'.[90]
In verband met de wens om de vervolging en berechting zoveel mogelijk op dezelfde wijze te laten geschieden als in 'gewone' strafzaken, ziet de commissie evenmin een rol weggelegd voor de P-G bij de Hoge Raad. Bovendien is de P-G in de huidige situatie in het geheel niet toegerust voor deze vervolgingstaak. 'Om deze zaken op behoorlijke wijze te kunnen afdoen zou de PG over een apart, eigen apparaat, moeten kunnen beschikken, met speciaal daartoe aangestelde medewerkers en met eigen bevoegdheden ten aanzien van de opsporing en opsporingsambtenaren'.[91] Het opzetten van een dergelijk apparaat loont volgens de commissie niet de moeite, nu het bestaande reguliere OM in staat moet worden geacht deze taak uit te voeren. Om deze redenen meent de commissie dat de introductie van een bijzondere procedure geen aanbeveling verdient.[92] Het zal duidelijk zijn dat de hier gebezigde argumenten in belangrijke mate samenvallen met de bezwaren tegen de huidige procedure van de WMV, die in paragraaf 2 zijn besproken.

Uitsluiting van de aanwijzingsbevoegdheid van de minister van Justitie

Een waarborg ter voorkoming van de (schijn van) politieke beïnvloeding van de vervolgingsbeslissing kan volgens de commissie worden geschapen door het uitsluiten van de in art. 127 Wet RO vervatte aanwijzingsbevoegdheid van de minister van Justitie in *concrete*, individuele strafzaken tegen publiekrechtelijke rechtspersonen. De minister kan dan in concrete gevallen geen aanwijzingen meer geven over de opsporing en vervolging in dergelijke strafzaken en het OM wordt in zoverre in deze categorie zaken volledig onafhankelijk van de politiek gecontroleerde uitvoerende macht. 'De Minister van Justitie zou geen politieke verantwoordelijkheid dragen voor het optreden van het OM in deze concrete strafzaken en zou dus noch binnen het kabinet noch door het parlement voor dat optreden ter verantwoording kunnen worden geroepen. Hierdoor zou het onmogelijk worden om langs deze lij-

89 Commissie Roelvink 2002 (*supra* noot 77), p. 36.
90 Commissie Roelvink 2002 (*supra* noot 77), p. 36.
91 Commissie Roelvink 2002 (*supra* noot 77), p. 36.
92 Commissie Roelvink 2002 (*supra* noot 77), p. 36-37.

nen invloed uit te oefenen op de vervolgingsbeslissing, hetgeen elke schijn van onoirbare politieke beïnvloeding uitsluit'.[93]
Het OM is in deze gevallen dan alleen verantwoording schuldig aan de rechter, hetzij aan de zittingsrechter, hetzij aan het gerechtshof in het kader van een eventuele klacht van een belanghebbende over de niet-vervolging (art. 12 Sv). De commissie erkent dat dit een principiële stap zou zijn, die een afwijking zou betekenen van het uitgangspunt dat de minister – ook in individuele strafzaken – volledig politiek verantwoordelijk is voor het optreden van het OM. De eerder genoemde redenen rechtvaardigen echter voor deze beperkte categorie zaken een uitzondering op dit uitgangspunt, aldus de commissie. Bovendien wordt benadrukt dat de minister verantwoordelijk blijft voor het door het OM in strafzaken tegen publiekrechtelijke rechtspersonen gevoerde opsporings- en vervolgingsbeleid, los van concrete zaken; hij kan daarop door het parlement worden aangesproken. De bevoegdheid om *algemene* aanwijzingen te geven blijft immers onverlet. Het ligt voor de hand dat in gezamenlijk overleg tussen de minister en het OM een richtlijn voor de opsporing en vervolging in deze zaken wordt opgesteld, die ook wordt besproken in en met het parlement.[94]

3.3 *Het kabinetsstandpunt en het wetsvoorstel van Wolfsen*

In een eerste reactie op het advies van de Commissie Roelvink heeft het kabinet laten weten dat het met waardering heeft kennisgenomen van het rapport en dat het advies voor het kabinet zwaar weegt. Het kabinet geeft echter meteen al aan, dat het zich niet kan verenigen met de conclusies en de voorstellen van de commissie op het punt van de politieke verantwoordelijkheid van de minister van Justitie voor de vervolging van strafbare feiten. In het stelsel van de Wet RO is de volledige politieke verantwoordelijkheid van de minister voor het handelen van het OM – ook in individuele strafzaken – een wezenlijk element, waaraan naar de mening van het kabinet niet getornd behoort te worden. De activering van de ministeriële verantwoordelijkheid in individuele strafzaken dient weliswaar beperkt te blijven tot uitzonderlijke gevallen, zeker ook als het gaat om zaken betreffende overheden, maar voor het maken van een uitzondering op de aanwijzingsbevoegdheid bestaat geen aanleiding.[95] Het is in dit licht dan ook weinig verrassend te noemen dat in het eerder genoemde conceptwetsvoorstel van de regering deze aanbeveling van de commissie niet wordt overgenomen.

In het initiatiefwetsvoorstel van het kamerlid Wolfsen wordt de uitsluiting van de aanwijzingsbevoegdheid van de minister van Justitie daarentegen wél overgeno-

---

93 Commissie Roelvink 2002 (*supra* noot 77), p. 37.
94 Commissie Roelvink 2002 (*supra* noot 77), p. 37-40.
95 *Kamerstukken II*, 2001/02, 25 294, nr. 15.

men. In de memorie van toelichting merkt de indiener op dat deze bevoegdheid al snel de schijn van politieke beïnvloeding met zich mee kan brengen, vooral in gevallen waarbij het de vervolging van overheden betreft. Deze schijn moet volgens de indiener worden vermeden. Daarom sluit hij zich aan bij het voorstel van de Commissie Roelvink om aan art. 127 Wet RO een bepaling toe te voegen die de aanwijzingsbevoegdheid in concrete gevallen betreffende publiekrechtelijke rechtspersonen uitsluit. De bevoegdheid om in deze categorie zaken algemene aanwijzingen te geven, in verband met het te voeren opsporings- en vervolgingsbeleid, blijft echter in stand. De indiener voegt daar nog aan toe dat het ook 'niet aan de orde kan zijn' dat de minister alsnog via zijn algemene aanwijzingsbevoegdheid de mogelijkheid schept om in concrete gevallen in te grijpen.
Aan art. 127 Wet RO moet volgens het voorstel een tweede lid worden toegevoegd dat luidt:

> 'Onze minister kan in een concreet geval geen aanwijzing geven inzake de opsporing of vervolging van strafbare feiten begaan door een rechtspersoon als bedoeld in artikel 1, eerste of tweede lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek'.

In de memorie van toelichting wordt 'voor de goede orde' nog opgemerkt dat door deze regeling ook is uitgesloten 'een bijzondere aanwijzing betreffende de natuurlijke persoon die feitelijk leiding heeft gegeven aan of opdracht tot het door de publiekrechtelijke rechtspersoon begane strafbare feit'.[96] Het voorstel knoopt dus kennelijk aan bij de omstandigheid dat het strafbare feit is begaan door een publiekrechtelijke rechtspersoon; of de vervolging zich richt tegen de rechtspersoon zelf dan wel tegen de feitelijk leidinggever is niet doorslaggevend. In die benadering moet de aanwijzingsbevoegdheid naar mijn mening eveneens uitgesloten worden geacht als het gaat om degenen die als deelnemer (medepleger, doen pleger, uitlokker, medeplichtige) bij het door de rechtspersoon begane feit betrokken zijn.

Om zelfs maar de schijn van partijdigheid te vermijden stelt Wolfsen verder voor om de vervolging van publiekrechtelijke rechtspersonen op te dragen aan het *functioneel parket*. Dat sluit goed aan op de specialistische kennis waarover dit parket beschikt, nu strafzaken tegen de overheid in de praktijk veelal milieu- en fraudezaken betreffen. Bovendien leidt dit ertoe dat het OM op lokaal of regionaal niveau verlost wordt van de taak om eventueel (vertegenwoordigers van) overheden in hun eigen gemeente of regio te vervolgen, waarmee zij in 'de driehoek' moeten samenwerken.[97]

---

96 *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 538, nr. 3, p. 16.
97 *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 538, nr. 3, p. 10 en p. 16-17.

Door het functioneel parket met de vervolging te belasten komt het wetsvoorstel naar mijn mening terecht tegemoet aan de constatering dat ook op decentraal niveau het risico van (de schijn van) politieke beïnvloeding kan ontstaan. Wat de opsporing betreft zou het inzetten van de *rijksrecherche* aanvullende garanties voor een afstandelijke uitvoering van het onderzoek kunnen bieden.[98] Opsporing door de rijksrecherche zou goed passen bij de bestaande taak van deze landelijke politiedienst, die zich van oudsher richt op de opsporing van door overheidsfunctionarissen gepleegde misdrijven. De rijksrecherche wordt ingezet als een onderzoek uit het oogpunt van onafhankelijkheid en onpartijdigheid niet door een andere instantie kan worden gedaan. In zaken betreffende publiekrechtelijke rechtspersonen zou naar mijn mening aansluiting kunnen worden gezocht bij de huidige regeling van het gezag over en de inzet van de rijksrecherche. Dat wil zeggen dat een verplichte betrokkenheid van het College van Procureurs-generaal en het landelijk parket in dit verband wellicht meer voor de hand ligt dan vervolging door het functioneel parket.[99]

3.4 Reacties in de literatuur

Het voorstel van de Commissie Roelvink tot doorbreking van de aanwijzingsbevoegdheid van de minister van Justitie heeft in de literatuur uiteenlopende reacties opgeroepen. Corstens heeft de betreffende aanbeveling krachtig ondersteund en heeft de zienswijze van het kabinet daarover afgewezen. 'Juist tegen de achtergrond van het streven het wantrouwen in de besturende overheid te doen afnemen, is het

---

98 Vgl. ten aanzien van 'gevoelige zaken' (o.a. tegen landelijke gezagsdragers) A.E. Harteveld & E.F. Stamhuis, 'De rechterlijke bemoeienis met het strafvorderlijk vooronderzoek', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken* (Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001), Deventer: Gouda Quint 2001, p. 576-577.

99 Zie de Aanwijzing taken en inzet rijksrecherche (Stcrt. 2006, 124) en Sikkema 2005 (*supra* noot 2), p. 558-559. De rijksrecherche staat onder gezag van het College van Procureurs-generaal en er is een coördinerend officier van justitie voor corruptie en rijksrecherche (COvJ-RR) aangesteld bij het landelijk parket. Er is een Coördinatiecommissie Rijksrecherche (CCR) die over de inzet beslist. De CCR bestaat uit de portefeuillehouder rijksrecherche binnen het College, de hoofdofficier van justitie van het landelijk parket en de directeur Rijksrecherche, en wordt bijgestaan door de COvJ-RR. Typische rijksrecherchezaken zijn bijvoorbeeld aan de functie gerelateerde verdenkingen van misdrijven, gepleegd door politieke en bestuurlijke ambtsdragers (zoals burgemeesters, gedeputeerden en kamerleden). Om inzet van de rijksrecherche in zaken tegen publiekrechtelijke rechtspersonen mogelijk te maken (of evt. verplicht te stellen) is geen wetswijziging noodzakelijk; een regeling in de genoemde Aanwijzing volstaat. Overigens is het de vraag of het risico van politieke beïnvloeding van de vervolgingsbeslissing middels deze constructie afdoende kan worden tegengegaan. Het lokale OM blijft dan namelijk verantwoordelijk voor de inhoudelijke aansturing van het onderzoek, de voortgang en de wijze van afdoening. Het verdient dan ook overweging om het landelijk parket met de vervolging te belasten, hetgeen bij algemene maatregel van bestuur kan worden bepaald (zie art. 9 Sv).

standpunt van het kabinet merkwaardig. Al gauw zal in geval de minister van justitie een door het openbaar ministerie voorgenomen vervolging tegenhoudt (...), de verdenking rijzen dat hij dit doet om zaken in de doofpot te houden'.[100] Dit toedekken van zaken lijkt volgens Corstens een oorzaak van maatschappelijk ongenoegen te zijn. Hij erkent dat het risico van politiek geïnspireerde sepots is verminderd door het systeem van de artikelen 127 en 128 Wet RO, met name door de verplichting om de aanwijzing bij de stukken te voegen en het parlement te informeren. 'Maar juist omdat het wantrouwen zich ook richt tegen de bestaande structuur van politieke partijen die hecht aan de regering zijn verbonden, zal langs die weg het wantrouwen niet gemakkelijk worden weggenomen. Tegenstanders van het sepot zullen redeneren dat het informeren van degenen die in meerderheid de regering steunen, geen soelaas biedt'.[101] Door dit 'stevig gefundeerde' onderdeel van het rapport van de Commissie Roelvink niet te steunen, toont het kabinet volgens Corstens aan niet te begrijpen dat dit onderdeel een offer is dat moet worden gebracht om het wantrouwen tegen de overheid weg te nemen.[102]

Vos en Van Spanje achten het daarentegen problematisch dat het OM in het voorstel van de Commissie Roelvink in de betreffende categorie zaken een 'ongecontroleerde macht' toebedeeld zou krijgen. Zij sluiten zich dan ook aan bij het kabinetsstandpunt: '(...) een vorm van controle op de macht van het OM in geval van strafrechtelijke vervolging van publiekrechtelijke rechtspersonen is onontbeerlijk'. Vervolgens vragen zij zich af hoe de schijn van partijdigheid bij de vervolgingsbeslissing in dergelijke gevallen dan wél kan worden vermeden. In dat verband pleiten zij voor een zogenaamde 'omgekeerde artikel 12-procedure', waarbij de minister van Justitie de bevoegdheid zou krijgen om bij het hof een juridisch oordeel te vragen over de opportuniteit van de vervolging. Door een onafhankelijke rechter te laten oordelen zou de nadruk komen te liggen op juridische argumenten en zou vrees voor partijdigheid of politieke opportuniteit niet meer aan de orde zijn.[103] Brants heeft zich afgevraagd wat deze 'omslachtige gang van zaken' toevoegt. Zij vreest dat het hof meer dan eens met politieke afwegingen wordt opgezadeld, hetgeen haar buitengewoon onwenselijk lijkt. Brants kan zich dan ook beter vinden in de opvatting van Corstens, die heeft gewezen op het (al dan niet gegronde) wantrouwen ten opzichte van de overheid. 'Wanneer de strafrechterlijke beoordeling van de overheid op het spel staat, kan een daadwerkelijk politiek onafhankelijk Openbaar Ministerie, een bijdrage leveren om dit klimaat van wantrouwen te doorbreken'.[104]

De Hullu deelt het uitgangspunt van het kabinet, dat de politieke verantwoordelijkheid een wezenlijk element van het systeem is waaraan niet moet worden getornd.

---

[100] Corstens 2002 (*supra* noot 31), p. 1049.
[101] Corstens 2002 (*supra* noot 31), p. 1049.
[102] Corstens 2002 (*supra* noot 31), p. 1049.
[103] O.P.G. Vos & J.H.P. van Spanje, 'Staat en straf', *NJB* 2002, p. 1063.
[104] C.H. Brants, 'Vervolgbaarheid van de Staat', *Overheid en Aansprakelijkheid* 2003, p. 12.

De redenering van de Commissie Roelvink vindt hij op dit punt 'misschien wat theoretisch'. In de praktijk zal het veelal gaan om strafbare feiten die gepleegd worden in de uitvoeringssfeer, ver verwijderd van de politieke leiding. Bovendien zal een formele regeling volgens De Hullu niet veel helpen, omdat er andere (informele en indirecte) mogelijkheden zijn om het OM te beïnvloeden. Meer in het algemeen betoogt deze auteur dat bij elke bijzondere voorziening voor de strafrechtelijke positie van publiekrechtelijke rechtspersonen indringend de vraag rijst of deze nu werkelijk nodig en wenselijk is. Stelselmatig bezien kunnen zij beter 'gewoon' worden behandeld, waarbij de oplossing van mogelijke problemen aan de rechtsontwikkeling en een verstandige praktijk kan worden toevertrouwd.[105]

3.5 Tussenbalans

In beginsel ben ik met De Hullu van mening dat zaken tegen publiekrechtelijke rechtspersonen zoveel mogelijk als 'gewone strafzaken' moeten worden behandeld, en dat iedere afwijking van dit uitgangspunt op zwaarwegende argumenten moet berusten. Als het gaat om de uitsluiting van de aanwijzingsbevoegdheid zijn er echter wel degelijk zwaarwegende en principiële argumenten in het geding. In de praktijk is het risico van daadwerkelijke ingrepen door de minister wellicht gering, maar in navolging van de Commissie Roelvink en het wetsvoorstel van Wolfsen ben ik van mening dat iedere *schijn* van politieke beïnvloeding in dit verband moet worden uitgesloten. Van het expliciet treffen van een procedurele voorziening kan een belangrijk signaal uitgaan dat het maatschappelijke wantrouwen jegens de overheid serieus wordt genomen. Het voorstel om de vervolgbaarheid van publiekrechtelijke rechtspersonen te verruimen berust mede op de gedachte dat de overheid haar geloofwaardigheid verliest als zij haar eigen regels ongestraft kan overtreden.[106] Als de minister vervolgens echter op grond van politieke overwegingen een vervolging kan tegenhouden, ondermijnt dat de legitimiteit en het gezag van de overheid. Hier kan nog eens worden gewezen op de eerder behandelde procedure van de WMV. De betrokkenheid van de regering en de Tweede Kamer bij de vervolgingsbeslissing heeft in dat verband wellicht mede bijgedragen aan het feit dat de procedure nooit wordt toegepast, zodat ministers in zoverre in de praktijk immuniteit genieten.

Dit alles rechtvaardigt naar mijn mening een uitzondering op de politieke verantwoordelijkheid van de minister van Justitie voor deze beperkte categorie gevallen. Dit onderdeel van het wetsvoorstel van Wolfsen verdient daarom ondersteuning.

---

105 J. de Hullu, 'De overheid in de verdachtenbank', *RM Themis* 2002, p. 338-339.

106 Vgl. Commissie Roelvink 2002 (*supra* noot 77), p. 18.

4. Eindbalans

Tot op heden kan de staat (de centrale overheid) niet strafrechtelijk vervolgd worden. Hetzelfde geldt voor ministers die feitelijk leiding hebben gegeven aan een strafbaar feit dat door de staat is begaan. Het ongestraft laten van strafbare feiten van publiekrechtelijke rechtspersonen, waaronder de staat, ondermijnt de legitimiteit van de overheid. Het wetsvoorstel van Wolfsen wil aan deze immuniteit terecht een einde maken.[107] Voor de vervolging van individuele ministers, staatssecretarissen en kamerleden ter zake van ambtsmisdrijven geldt de bijzondere procedure van art. 119 Gw. Deze zware procedure maakt een succesvolle vervolging dermate lastig, dat ministers ook in dit opzicht feitelijk immuniteit genieten. In deze bijdrage is gepleit voor het afschaffen van de bedoelde procedure. Dat zou betekenen dat het initiatief tot vervolging van deze functionarissen 'gewoon' bij het OM komt te liggen. De volgende vraag is dan op welke (andere) wijze het OM eventueel beschermd kan worden tegen ongewenste politieke pressie. Voorkomen moet immers worden dat politieke ambtsdragers op grond van hun hoge positie een strafvervolging kunnen tegenhouden, bijvoorbeeld door druk uit te oefenen op de minister van Justitie. Hoge bomen moeten zichzelf en elkaar niet uit de wind kunnen houden.

Deze laatste kwestie moet naar mijn mening worden beoordeeld in nauwe samenhang met de voorgestelde verruiming van de strafrechtelijke vervolgbaarheid van publiekrechtelijke rechtspersonen en hun feitelijk leidinggevers.[108] In dat verband speelt immers dezelfde problematiek, te weten het risico van (de schijn van) politieke beïnvloeding van de vervolgingsbeslissing. Daarom wordt in het wetsvoorstel van Wolfsen (in navolging van de Commissie Roelvink) de aanwijzingsbevoegdheid van de minister van Justitie ten aanzien van het OM (art. 127 Wet RO) uitgesloten in concrete strafzaken tegen publiekrechtelijke rechtspersonen. Gelet op de bedoelde samenhang met de strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid, ligt het voor de hand om de oplossing daar in dezelfde richting te zoeken. Ook als het

---

107 Zie voor een uitgebreide onderbouwing van dit standpunt Sikkema 2006 (*supra* noot 76).

108 Ter illustratie van deze samenhang kan worden opgemerkt dat een minister onder omstandigheden kan worden aangemerkt als feitelijk leidinggever aan een door de staat (als publiekrechtelijke rechtspersoon) begaan strafbaar feit. Thans is in die situatie sprake van strafrechtelijke immuniteit, maar de eerder behandelde wetsvoorstellen maken strafvervolging hier mogelijk. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel van Wolfsen wordt opgemerkt dat de voorgestelde uitsluiting van de aanwijzingsbevoegdheid van art. 127 Wet RO mede betrekking heeft op de natuurlijke persoon die feitelijk leiding heeft gegeven aan het door de publiekrechtelijke rechtspersoon begane strafbare feit (*Kamerstukken II*, 2005/06, 30 538, nr. 3, p. 16). Tegelijkertijd kan in deze situatie echter ook de bijzondere procedure van de WMV van toepassing zijn. Deze geldt immers ook als een minister een strafbaar feit begaat onder één van de strafverzwarende omstandigheden van art. 44 Sr. Er is geen reden om aan te nemen dat art. 44 Sr niet kan worden toegepast op de feitelijk leidinggever (Sikkema 2005 (*supra* noot 2), p. 88).

gaat om de vervolging van individuele ministers kan van verschillende kanten (direct of indirect) druk op de minister van Justitie worden uitgeoefend om zijn aanwijzingsbevoegdheid ten aanzien van het OM op een bepaalde wijze te gebruiken. Om iedere schijn van politieke beïnvloeding van de vervolgingsbeslissing uit te sluiten verdient het aanbeveling om de aanwijzingsbevoegdheid ook in concrete zaken betreffende individuele ministers, staatssecretarissen en kamerleden uit te sluiten.[109] Dit zou betekenen dat het OM (ook) in deze categorie zaken volledig onafhankelijk van de politiek kan opereren. Ook in het kader van het onderzoeksproject Strafvordering 2001 is gewezen op de behoefte aan 'functionele onafhankelijkheid' van de onderzoeksleider in 'gevoelige zaken', waarmee onder meer wordt gedoeld op zaken waarin 'hoogwaardigheidsbekleders' betrokken zijn. Onafhankelijkheid vormt een waarborg tegen beïnvloeding van het onderzoek ten voordele van de betrokken personen.[110]
In aansluiting op het wetsvoorstel van Wolfsen zou het nieuwe tweede lid van art. 127 Wet RO dan als volgt kunnen worden geformuleerd:

> 'Onze minister kan in een concreet geval geen aanwijzing geven inzake de opsporing of vervolging van strafbare feiten begaan door:
> a. een rechtspersoon als bedoeld in artikel 1, eerste of tweede lid, van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek;
> b. de leden van de Staten-Generaal, de ministers en de staatssecretarissen'.

In dit voorstel is ervoor gekozen om de voorziening te laten gelden voor alle strafbare feiten begaan door de betreffende functionarissen. Die keuze is gebaseerd op de ratio van deze voorziening: het voorkomen van de schijn van politieke beïnvloeding van de vervolgingsbeslissing van het OM. Uit politieke overwegingen kan enerzijds druk worden uitgeoefend om in een bepaalde zaak strafvervolging te bevorderen en anderzijds om de vervolging van een bepaalde minister te voorkomen. Net als bij de huidige procedure van de WMV gaat het dus zowel om de bescherming tegen lichtvaardige of misplaatste vervolging, als om het voorkomen dat ministers op grond van hun positie ongestraft misdrijven kunnen plegen. Op grond van deze ratio zie ik geen reden om onderscheid te maken tussen ambtsmisdrijven en commune delicten. Het valt niet in te zien waarom het risico van politieke beïn-

---

[109] Vgl. Commissie Roelvink 2002 (*supra* noot 77), p. 7 (m.b.t. publiekrechtelijke rechtspersonen).

[110] Harteveld & Stamhuis 2001 (*supra* noot 98), p. 574-577. De onderzoekers zoeken de oplossing in een rol voor de rechter-commissaris als onderzoeksleider, alsmede een verplichte betrokkenheid van het College van Procureurs-generaal bij de vervolging van 'landelijke gezagsdragers'. In een dergelijk systeem blijft de beslissing tot (voortzetting van de) vervolging echter in handen van het OM, en daarmee blijft ook de politieke verantwoordelijkheid van de minister van Justitie in zoverre in stand. Om die reden verdient het beperken van de ministeriële aanwijzingsbevoegdheid naar mijn mening de voorkeur.

vloeding of lichtvaardige vervolging zich alleen in verband met ambtsmisdrijven zou voordoen, en niet evenzeer bij andere strafbare feiten. Hier kan worden opgemerkt dat de Hoge Raad voor 1848 nog in eerste en laatste ressort kennis nam van *alle* misdrijven door ministers gedurende hun ambtsperiode begaan.[111] Ook kan hier worden verwezen naar het Belgische stelsel, waarin het uitzonderingsregime steeds van toepassing is op misdrijven van een minister, ongeacht of deze zijn gepleegd in de uitoefening van het ambt dan wel daarbuiten (met inbegrip van verkeersovertredingen).[112] De keuze om de huidige procedure van de WMV te beperken tot ambtsmisdrijven (en daarmee gelijkgestelde delicten) lijkt vooral voort te vloeien uit het veronderstelde 'politieke karakter' van deze delicten. Eerder is echter gebleken dat niet kan worden volgehouden dat (alle) ambtsmisdrijven een politiek karakter hebben.[113] Bovendien is de toepasselijkheid van de procedure naderhand uitgebreid tot bepaalde commune delicten, namelijk als deze zijn begaan onder één van de strafverzwarende omstandigheden van art. 44 Sr. Zoals gezegd kan dit criterium in concrete gevallen leiden tot onduidelijkheid en willekeur.[114] De hier voorgestelde voorziening berust dan ook niet op de aard van de betreffende feiten, maar op de mogelijkheden tot beïnvloeding van het OM waarover de verdachte in verband met zijn functie beschikt.

Voor zover het gaat om de bescherming tegen lichtvaardige vervolging in verband met 'de continuïteit van het regeringswerk' en 'de slagkracht van de uitvoerende macht'[115], is er geen reden om ook oud-ministers onder de regeling te laten vallen. Gelet op de ratio van de regeling maakt het niet uit of het feit tijdens de functie is *begaan*; het gaat er met name om of men tijdens de uitoefening van de functie wordt *vervolgd*. Het risico van politieke beïnvloeding van de vervolgingsbeslissing zal zich uiteraard vooral voordoen in de periode dat men de betreffende functie vervult. De regeling hoeft daarom mijns inziens – anders dan de huidige procedure (art. 119 Gw) – niet toepasselijk te zijn na het aftreden van de minister. Daar staat tegenover dat toepasselijkheid wél voor de hand ligt als de minister ten tijde van zijn ambtsuitoefening wordt vervolgd ter zake van feiten die zijn gepleegd voorafgaand aan het bekleden van de functie.[116]

De bijzondere positie van ministers (enzovoort) berust evenmin op de omstandigheid dat het hier bij uitstek gaat om 'politieke figuren'. De hiërarchisch ondergeschikte positie van het OM ten opzichte van de minister van Justitie, en de druk die

111 Zie bijv. Melai & Groenhuijsen e.a. (*supra* noot 12), aant. 3 en 4 bij artt. 482-485.

112 K. Audenaert, 'Een overzicht van 170 jaar strafrechtelijke aansprakelijkheid van ministers', *TBP* 2000, p. 357-373.

113 Zie hierboven, onder 2.5.

114 Zie hierboven, onder 2.1.

115 Vgl. Audenaert 2000 (*supra* noot 112), p. 357.

116 Vgl. ten aanzien van het Belgische stelsel (tot 1993) opnieuw Audenaert 2000 (*supra* noot 112), p. 359.

(direct of indirect) op deze laatste kan worden uitgeoefend door andere ministers en door het parlement, staat centraal. Dat betekent dat andere 'politieke figuren' – bijvoorbeeld op decentraal niveau – niet onder de uitzondering hoeven te vallen.[117] Hetzelfde geldt overigens voor de in art. 485 Sv bedoelde medeverdachten. Met het oog op de rechtsgelijkheid is het bovendien gewenst om de inbreuk op het normale stelsel van strafvordering zo beperkt mogelijk te houden.

[117] In dit verband kan men zich afvragen of de uitsluiting van de aanwijzingsbevoegdheid ten aanzien van publiekrechtelijke rechtspersonen ook niet beperkt zou kunnen blijven tot de centrale overheid ('de Staat'). De Commissie Roelvink (2002 (*supra* noot 77), p. 40) erkent dat bij het ene type publiekrechtelijke rechtspersonen wellicht grotere risico's van politieke beïnvloeding bestaan dan bij het andere type, maar acht het op voorhand niet goed mogelijk bij wet een onderscheid te maken. De schijn van partijdigheid op decentraal niveau kan wellicht afdoende worden vermeden door het functioneel parket (dan wel het landelijk parket) met de vervolging te belasten en de rijksrecherche met de opsporing (zie hierboven, onder 3.3).